

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: RESERVA DO POSSÍVEL E CONTROLE JURISDICIONAL

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho¹

SUMÁRIO. 1. Considerações iniciais; 2. Dignidade da pessoa humana; 3. Direitos fundamentais sociais; 3.1. Conceito; 3.2. Objeto dos direitos sociais prestacionais; 3.3. Reserva do possível; 3.4. Características normativo-estruturais dos direitos sociais a prestações e o problema de sua habitual dependência de concretização legislativa; 3.5. A eficácia dos direitos sociais prestacionais de cunho programático; 3.6. Direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações; 3.7. Argumentos pró e contra os direitos fundamentais sociais; 3.8. O modelo de direitos fundamentais sociais dado por ALEXÝ; 4. O custo dos direitos; 5. A alocação dos escassos recursos públicos; 6. Sindicabilidade das escolhas públicas pelo Poder Judiciário; Conclusão; Referências bibliográficas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar, ainda que de forma sucinta, a efetividade dos direitos sociais fundamentais, examinando a possibilidade de controle jurisdicional de sua implementação, levando em conta a chamada “reserva do possível”.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de adentrar no exame dos direitos fundamentais sociais, impende analisar o conceito de dignidade da pessoa humana, à qual servem aqueles direitos, representando o seu núcleo.

Na lição de Sarlet:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida

¹ Procuradora do Estado do RS. Mestranda em Direito do Estado pela PUC/RS.

*saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*²

Do conceito extrai-se a conclusão de que, ainda que a dignidade da pessoa humana seja uma qualidade intrínseca ao ser humano, é possível que a sociedade e o Estado venham a violá-la ou promovê-la. Assim, por exemplo, um Estado que se quede inerte frente ao seu povo que se encontra em estado de miséria, seja subtraindo ou privando esse povo do mínimo necessário para uma existência digna, está, evidentemente, privando a população de exercer sua dignidade.

Assim, a dignidade, além de ser algo inerente à natureza humana, comporta também uma natureza cultural, de forma que estas se complementam e interagem mutuamente³.

A dignidade da pessoa humana representa, ao fim e ao cabo, o valor maior vinculante de toda ordem jurídica. Assim, o fim do Estado Social é a busca de uma existência digna para a sua população, pois, conforme sustenta Rizzato, “o que interessa mesmo é que se possa garantir a vida, mas uma vida digna”⁴.

Nesse quadro é que os direitos fundamentais encontram-se realizando, através da ordem jurídico-constitucional, a proteção e promoção da dignidade. Como dito por Sarlet, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”⁵.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 Conceito

Valemo-nos do conceito dado por Alexy:

Os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais fundamentais) são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também de particulares.⁶

3. 2 Objeto dos Direitos Sociais Prestacionais

Analisando-se a dimensão positiva destes direitos (que não exclui a dimensão negativa que também ostentam), têm os mesmos por objeto precípua

² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.60

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.38-60

⁴ NUNES, Rizzato. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 52.

⁵ SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.87

⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 482 – tradução nossa.

conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários das normas), consistente numa prestação de natureza fática. Nesse sentido, os direitos sociais pressupõem seja criada ou posta à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Seu objetivo consiste em garantir os pressupostos materiais para um efetivo gozo das liberdades, por isso que fazem parte do chamado *status positivus socialis*.⁷

3.3 Reserva do Possível

Os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira razoável, pode esperar da sociedade.

A satisfação de tais direitos – econômicos, sociais e culturais – implica grande repercussão econômica, porquanto pressupõe a disponibilização estatal de prestações aos cidadãos. Nessa medida, encontra barreiras nas reais condições financeiras do Estado.

A reserva do possível foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, ocorrido em 29/04/2004, com Relatoria do Ministro Celso de Mello, destacando-se excerto do voto do Relator:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

(...).

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda gera-

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang . A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.271/273.

ção – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/soci-al deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

3.4 Características Normativo-estruturais dos Direitos Sociais a Prestações e o Problema de sua Habitual Dependência de Concretização Legislativa

A doutrina majoritária sustenta que os direitos sociais prestacionais necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.⁸

De acordo com Jorge Miranda⁹, “imbricada como está com a vida econômica e social – e esta avaliável sempre no âmbito do contraditório político – a realização dos direitos sociais aparece, por conseguinte, indissociável da política econômica e social de cada momento (ao passo que a realização dos direitos, liberdades e garantias dir-se-ia, *prima facie*, actividade eminentemente jurídica)”.

Impende verificar como as características específicas dos direitos sociais delimitam seu âmbito de eficácia e aplicabilidade.

3.5 A Eficácia dos Direitos Sociais Prestacionais de Cunho Programático

Normas de cunho programático são aquelas que se caracterizam pelo fato de necessitarem de interposição do legislador para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos. Apresentam baixa densidade normativa, normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, pois são normas que estabelecem programas, finalidades, tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm imposições dirigidas ao Legislador. Ressalte-se que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político.

A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se por questões de competência, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade de meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.

De qualquer sorte, todas as normas de direito fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia. A doutrina majoritária

⁸ SARLET, ob. Cit., p. 277.

⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol IV, Coimbra, 1998, ed. Coimbra, 2ª ed., p. 105).

destaca as cargas eficaciais comuns a todas às normas de direito fundamentais, conforme apontado por Sarlet¹⁰. Assim: (a) causam a revogação das normas anteriores que forem contrárias à norma de direito fundamental e, conseqüentemente, ocasionam sua desaplicação, sem que haja necessidade de declaração de inconstitucionalidade; (b) compreendem comandos que vinculam o legislador, pois este ficará obrigado a concretizar os programas e fins contidos nas normas de direito fundamental, assim como não poderá se afastar de seus parâmetros ao editar qualquer legislação; (c) acarretam a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados posteriormente à Constituição, que conflitem com o conteúdo dos direitos fundamentais; (d) constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas jurídicas, sejam constitucionais, sejam infraconstitucionais, na medida em que veiculam princípios, diretrizes e fins que informam todo o ordenamento jurídico; (e) geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva (ainda que dependam de uma interposição legislativa), pois, no mínimo, geram um direito subjetivo no sentido negativo, possibilitando ao indivíduo que exija do Estado que se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma de direito fundamental; (f) ocasionam a denominada proibição de retrocesso, impedindo o legislador de eliminar determinadas posições jurídicas já criadas.

3.6 Direitos Sociais na Qualidade de Direitos Subjetivos a Prestações

Há que se distinguir entre direitos derivados e direitos originários a prestações.

Direitos derivados a prestações são aqueles direitos prestacionais já concretizados pelo legislador. Trata-se de assegurar a possibilidade da participação em sistemas prestacionais já existentes (se e na medida em que o Estado os tiver criado), cuja fundamentação reside numa interpretação do princípio da isonomia no âmbito do Estado Social. De acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações, não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos, de modo que tratamentos arbitrários discriminatórios geram direito subjetivo.

A seu turno, direitos originários a prestações são aqueles direitos que seriam reconhecidos a partir da norma constitucional, independentemente de qualquer mediação legislativa. Com relação a estes, há grande controvérsia no tocante a sua qualidade de direitos subjetivos a prestações.

Alguns ilustres juristas brasileiros sustentam que a alegação de que tais direitos não consubstanciem direito subjetivo individual é de cunho preponderantemente ideológico¹¹. Argumenta-se, assim, que a natureza aberta e a forma vaga das normas que tratam sobre os direitos sociais não acarretam, por si só, o

¹⁰ SARLET, ob. Cit., pp. 280/287.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, in RDP nº 57-58, 1981, p. 244-5.

impedimento de sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. Sustenta-se, também, que, mesmo tratando-se de normas imprecisas, se possível reconhecer um significado central e incontroverso, será possível aplicar a norma constitucional. Outros, ainda, argumentam que os direitos sociais, por força do art. 5º, par. 1º, da CF, têm caráter de autênticos direitos subjetivos, pois a citada norma, combinada com o art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal (inafastabilidade do controle judiciário), autorizaria os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição da prestação. Nesse caso, a lacuna oriunda de ausência de atuação do legislador poderia ser suprida pelo Poder Judiciário mediante o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, como autorizado pela Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, sem que houvesse afronta ao princípio da separação dos Poderes.¹²

Todavia, verifica-se que, mesmo entre os autores mais liberais, são admitidas hipóteses em que não é possível atribuir ao particular um direito subjetivo à determinada prestação estatal. Assim, por exemplo, Luís Roberto Barroso entende que “as normas constitucionais atributivas de direitos sociais, muitas vezes, contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora”.¹³

De outra parte, são sustentados argumentos contrários ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações com base na reserva do possível, já antes mencionada.

Nessa senda, aponta Sarlet¹⁴ que muitos autores afirmam que a efetivação destes direitos fundamentais depende de real e efetiva disponibilidade de recursos pelo Poder Público, que, ademais, deve dispor de poder jurídico ou capacidade jurídica de dispor. Destacam, também, que a questão envolve o tema da competência, porquanto compete precipuamente ao legislador ordinário decidir sobre a aplicação e a destinação dos recursos públicos, incluindo-se a eleição das prioridades das políticas públicas. Em sendo assim, a concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, à revelia do legislador, acarretaria afronta ao princípio da separação dos Poderes e, pois, ao próprio Estado de Direito. Ressaltam que a concretização dos direitos sociais depende, no mais das vezes, de condições de natureza macroeconômica, as quais fogem da análise meramente jurídica elaborada pelos juízes.

Estas são, pois, algumas das posições doutrinárias acerca do reconhecimento – ou não – dos direitos fundamentais sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações.

¹² RUSCHEL, Ruy Rubem. In Revista da AJURIS nº 58, 1993, p. 295-6

¹³ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99/117. Afirma o autor: “A natureza concisa da Constituição faz com ela transfira ao legislador ordinário, em múltiplos casos, a competência para regular o exercício de determinados direitos capitulados em seu texto”. (p. 112).

¹⁴ SARLET, ob. Cit., p. 298.

3.7 Argumentos Pró e Contra os Direitos Fundamentais Sociais

Alexy¹⁵ elenca os argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais, conforme a seguir sintetizado.

O argumento principal a favor dos direitos fundamentais sociais é baseado na liberdade e sustenta-se em duas teses.

A primeira tese sustenta que a liberdade jurídica para fazer ou omitir algo sem a liberdade fática (real), quer dizer, sem a possibilidade fática de eleger entre o permitido, carece de todo valor. A liberdade só é real quando se possuem as condições para a mesma, os bens materiais e espirituais pressupostos da autodeterminação.

A segunda tese diz que sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra substrato material em um “âmbito vital dominado por eles”, mas depende essencialmente de atividades estatais.

Para completar o argumento da liberdade, é preciso responder por que a liberdade fática tem de ser assegurada jufundamentalmente.

Assim, para aqueles que se encontram em situação deficitária (sem gozar de um mínimo existencial), é mais importante superar tal situação do que gozar das liberdades jurídicas, que, devido a sua situação miserável, não lhe servem para nada, convertendo-se em fórmulas vazias.

Conclui-se que os direitos fundamentais, se seu objetivo é de que a personalidade humana se desenvolva livremente, apontam também para as liberdades fáticas, isto é, devem assegurar também os pressupostos de uso das liberdades jurídicas e, portanto, são normatizações não só do poder fazer jurídico, mas também do poder atuar realmente. Esses argumentos encontram respaldo no princípio do Estado social e no princípio da igualdade.

Há, por outro lado, os argumentos contrários aos direitos fundamentais sociais, que podem ser divididos em argumentos formal e material.

O argumento formal traz um dilema: se os direitos sociais são vinculantes, conduzem a um deslocamento da política social da competência do parlamento à competência do Tribunal Constitucional; se não são vinculantes, conduzem a uma violação da cláusula de vinculação do artigo 1º, parágrafo 3º da Lei Fundamental.¹⁶ Este argumento adquire especial importância devido aos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais. O reconhecimento judicial da existência de amplos direitos sociais fundamentais faria com que a política estivesse determinada, em grande parte, pelo direito constitucional (pelo Tribunal Constitucional), o que contraria a Constituição. Por outro lado, para evitar este resultado, se se considera que tais direitos não são vinculantes, afronta-se a cláusula de vinculação da Lei Fundamental.

¹⁵ ALEXY, ob. Cit., p. 486-494

¹⁶ Referência à Constituição da Alemanha.

A seu turno, o argumento material aduz que os direitos sociais são inconciliáveis com normas constitucionais materiais, ou, ao menos, entram em colisão com elas. Pode haver colisão entre direitos sociais e direitos de liberdade. Os direitos sociais exigem muitos custos e disto resulta que muitas vezes o Estado necessita tomar recursos dos proprietários dos bens para distribuí-los socialmente, sem lesionar seus direitos fundamentais. Pode ocorrer, também, colisão entre direito social e direito de liberdade de um mesmo titular. Pode haver, também, colisão entre direitos sociais e bens coletivos e entre direitos sociais.

3.8 O Modelo de Direitos Fundamentais Sociais Dado por ALEXY

Apontados os argumentos favoráveis e contrários, Alexy¹⁷ propõe um modelo para os direitos fundamentais sociais.

Para ele, a solução reside em um modelo que leve em conta os argumentos pró e contra. Trata-se de proceder à ponderação entre princípios. Por um lado, se encontra, sobretudo, o princípio da liberdade fática; por outro, os princípios formais da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes, assim como os princípios materiais que, sobretudo, referem-se à liberdade jurídica de outros, outros direitos sociais e bens coletivos.

O modelo não diz quais direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo e sim quais pode ter. É possível dar uma resposta geral: uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida jufundamentalmente se: a) o exige urgentemente o princípio da liberdade fática; b) o princípio da divisão de poderes e da democracia (que inclui a competência do parlamento) e também c) os princípios materiais opostos (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outros) são afetados em uma medida relativamente reduzida através da garantia jufundamental da posição de prestação jurídica e das decisões do Tribunal Constitucional que a tomam em conta. Em todo caso, estas condições estão satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, isto é, por ex, a um mínimo vital, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a uma assistência médica básica.

De acordo com o modelo, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos tomados em seu conjunto. Este é o caso dos direitos mínimos.

Esses direitos mínimos, ou mínimo existencial, integram o conceito de cidadania. Para Ricardo Lobo Torres, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princí-

¹⁷ ALEXY, ob. Cit. P. 494-501

pios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”.¹⁸ O mínimo existencial encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana, é o seu núcleo irredutível, seu conteúdo mínimo e inderrogável.

A definição de mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para existência, é dada por Ana Paula De Barcellos (na obra *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002), citada por Ricardo Lobo Torres¹⁹:

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

Na mesma esteira do entendimento esposado por Alexy é o posicionamento de Sarlet. Para o autor, embora se tenha que reconhecer a existência de limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) e, que, portanto, o fator “custo dos direitos” implica certa relativização de eficácia dos direitos sociais, tais objeções não podem ter o condão de impedir o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em toda e qualquer hipótese.

4 O CUSTO DOS DIREITOS

Há, todavia, um elemento – de ordem não jurídica, mas econômica –, que traz empecos à aplicação do modelo de direitos fundamentais sociais traçado. Tais empecos dizem respeito aos custos dos direitos, isto é, aos custos públicos que a implementação dos direitos reclama.

Com efeito. Os direitos exigem custos públicos para sua satisfação, sendo de frisar-se que não só os direitos sociais os exigem, mas também os direitos de liberdade, tidos comumente como direitos negativos. A face positiva dos direitos de liberdade restou explicitada na obra de Sunstein e Holmes, “The Cost of Rights”, em que esses autores deixam claro que a conhecida dicotomia entre direitos negativos – os de liberdade – e direitos positivos – os sociais – trata-se de uma falácia, porquanto os direitos de liberdade também impõem custos ao Erário

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 262.

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: Antônio Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro, 2004, p. 447-471.

Público. Assim, por exemplo, os direitos de propriedade e de ir e vir, nas grandes cidades, são ameaçados pela ausência de ação do Estado, e não pela sua ação.

Em sua obra “Direito, Escassez e Escolha, Gustavo Amaral traz à baila os argumentos sustentados por Sunstein e Holmes na obra antes citada, transcrevendo a seguinte passagem:

Então esta questão se põe: as liberdades protegidas pelo *Bill of Rights* são apenas negativas? Por força delas está o Estado obrigado apenas a se abster, sem ter que agir?

Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto, o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva. Por força da proteção constitucional contra a ‘privação’ da propriedade privada sem justa compensação, o Governo está provavelmente obrigado a criar leis contra os esbulhos e invasões, bem como tornar tais garantias acessíveis aos proprietários privados – uma falha em agir, uma falha em proteger a propriedade privada, pareceria inconstitucional (...).²⁰

O mesmo raciocínio é desenvolvido por Casalta Nabais²¹ para quem “os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual”. Logo, todos os direitos têm custos públicos, não somente os direitos sociais, em relação aos quais tais custos são mais facilmente visualizáveis, mas também os clássicos direitos e liberdades.

Prossegue o jurista português asseverando que para suportar os custos, o Estado contemporâneo afigura-se como um Estado fiscal, que tem nos impostos o seu principal suporte financeiro. “Os atuais impostos são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro.”²²

²⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 74-75

²¹ NABAIS, José Casalta. “A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos”. In <http://www.agu.gov.br>

²² NABAIS, ob. Cit.

²³ GALDINO, Flávio. “O Custo dos Direitos”, in *Legitimação dos Direitos Humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Há, portanto, uma questão subjacente à efetivação dos direitos fundamentais: trata-se da alocação de recursos públicos para satisfazê-los. E dentre o leque de direitos que reclamam prestações positivas do Estado, encontram-se não só os direitos sociais, mas também os individuais, tidos tradicionalmente como negativos. Em decorrência, a escolha na alocação dos recursos também perpassa esses direitos de liberdade.

5 A ALOCAÇÃO DOS ESCASSOS RECURSOS PÚBLICOS

É necessário, portanto, que sejam feitas escolhas no tocante ao atendimento dos direitos, levando-se em conta os recursos existentes. E trata-se de “escolhas trágicas”, porque, em razão da escassez de recursos para satisfação de todos os direitos públicos, haverão de ser feitas escolhas de uns em detrimento de outros.

A respeito, destaca Flávio Galdino²³ que as liberdades, contrariamente ao que se entendia outrora, também implicam custos financeiros ao Poder Público, fazendo parte, portanto, das opções que se oferecem às escolhas públicas, que acabam por ser trágicas e inevitáveis escolhas. Acentua Galdino que os autores Guido Calabresi e Philip Bobbit demonstram que a escassez dos recursos econômicos e financeiros públicos obsta a efetivação de todos os objetivos sociais, de modo que a realização de alguns desses objetivos acarreta o necessário sacrifício de outros, impondo-se ao Estado a necessidade de fazer escolhas trágicas.

As decisões a respeito da alocação dos recursos têm, basicamente, dois aspectos: quanto disponibilizar e a quem atender. A primeira é chamada de decisão de primeira ordem e a outra de decisão de segunda ordem, expressões adotadas por Guido Calabresi e Philip Bobbit, conforme informado por Gustavo Amaral²⁴. Elucida Amaral²⁵, citando Elster, que as decisões políticas de primeira ordem relacionam-se com a alocação de recursos monetários dentre várias atividades. Como principal consequência dessas decisões, visualiza-se o favorecimento de certos bens e serviços em detrimento de outros. Como consequência secundária, pode haver um favorecimento de alguns às expensas de outros, aqueles que podem ser mais beneficiados pelo bem favorecido, pois alguns bens têm características que excluem vários grupos do universo de possíveis beneficiados. O autor exemplifica dizendo que alocar grande parcela de fundos públicos à moradia popular equivale a dar tratamento preferencial aos pobres, a despeito de qual esquema alocativo seja escolhido. Prossegue afirmando que “Esse caráter disjuntivo das escolhas traz, muitas vezes, uma teia de consequências, uma cadeia de ações e reações que não conseguem ser sequer imaginadas dentro da ótica estrita da microjustiça, e que só vem sendo abordada há poucos anos”.

²⁴ AMARAL, ob. Cit., p. 148

²⁵ AMARAL, ob. Cit., p. 149-150

As concepções gerais sobre como os recursos escassos devem ser alocados chamam-se princípios de justiça distributiva. Segundo Amaral, “Michael Walzer, tratando do tema, adverte que nenhuma avaliação de uma utilidade social, ou dos limites do âmbito em que essa avaliação legitimamente opera será incontroverso. Tampouco será incontroverso qualquer procedimento para gerar ou testar diferentes avaliações. Todavia, destaca o autor, três critérios parecem perfazer os requisitos de serem princípios abertos e de freqüentemente serem defendidos como o início e o fim da justiça distributiva: livre troca, merecimento e necessidade, destacando que ‘eles são parte da história, não ela toda’”.²⁶

Não há, pois, um critério único a orientar as decisões de alocação dos escassos recursos para atendimento de todas as necessidades públicas. Coexistem vários critérios, sendo certo afirmar que, qualquer um que se adote, acarretará uma escolha, que dará prioridade de atendimento a uma necessidade em desfavor de outra.

Nesse panorama de insuficiência de recursos para atendimento da totalidade das demandas, são necessárias, portanto, decisões sobre a alocação dos recursos, que importarão na satisfação de determinados direitos em detrimento de outros. E a quem incumbiria a tomada de tais decisões? Ao Poder Público, com certeza, com primazia para os Poderes Legislativo e Executivo.

Com efeito. Trata-se de decisões políticas, a serem tomadas pelos representantes do povo democraticamente eleitos para tanto. São decisões que se devem pautar na Constituição e na situação econômico-financeira global.

São as políticas públicas que traçarão as primazias de atendimento de tais e quais direitos fundamentais. O conceito de política pública é dado por Maria Paula Dallari Bucci: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.²⁷

Dissertando sobre o tema das políticas públicas e sua constitucionalidade, destaca Fábio Konder Comparato que no Estado contemporâneo, a supremacia não mais é do Poder Legislativo, como na época do Estado liberal, tendo-se deslocado para o Poder Executivo, em razão da implementação das políticas públicas. Diz o autor:

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planeja-

²⁶ AMARAL, ob. Cit., p. 169-170

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

dora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora de Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.²⁸

O Estado atual, portanto, tem como dever satisfazer os direitos fundamentais, assegurados na Constituição, valendo-se para tanto de políticas públicas, as quais necessariamente levam em conta os recursos disponíveis. Diz Bucci:

Entretanto, o Estado social de direito, que se consagrou nas Constituições do século XX, não é sinônimo do Estado de bem-estar, produto de trinta anos de excedentes capitalistas no pós-guerra. A inscrição de direitos sociais nas cartas políticas nacionais não é um decalque de uma situação econômica que muda com as circunstâncias. Os direitos constitucionais permanecem, sendo este um dos dilemas do modelo constitucional dirigente: como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa? Ainda mais num período de globalização, em que os rumos das economias nacionais são diretamente influenciados pelos grandes movimentos financeiros internacionais e a ação cogente do Estado nacional dentro de suas fronteiras perde força.²⁹

6 SINDICABILIDADE DAS ESCOLHAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Nesse passo, é mister indagar: ficariam essas decisões isentas de qualquer controle judicial? Evidentemente, não. As decisões são amplamente sindicáveis, comportando o exame de sua razoabilidade, à luz dos elementos jurídicos e fáticos envolvidos na solução da questão.

Cabe ao Poder Judiciário efetuar o controle do discurso, o controle das condutas adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Diz Amaral, referindo-se à tarefa do Julgador: “Cabe-lhe, isto sim, projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal. (...). Trata-se de uma ponderação específica, pois não é uma ponderação de valores ou de princípios, mas uma ponderação desigual, entre valores, princípios e regras, de um lado, e um quadro fático conjuntural, para daí extrair não a decisão, mas o parâmetro de avaliação das escolhas estatais”.³⁰

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1998, n° 138, p.39-48

²⁹ BUCCI, ob. Cit., p. 247

³⁰ AMARAL, ob. cit. p. 208-209

Nesse passo, Amaral oferece uma conclusão um pouco diferenciada para o equacionamento da satisfação dos direitos fundamentais sociais, a qual entendemos seja jurídica e faticamente muito razoável. A formulação é a seguinte:

As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haverá espaço de escolha, no qual o Estado estabelecerá critérios de alocação dos recursos e, conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.³¹

Essas decisões, como já destacado acima, são amplamente passíveis de sindicabilidade pelo Poder Judiciário. Com efeito. Ao administrador público incumbe fundamentar juridicamente sua escolha na prática do ato discricionário, cabendo ao Judiciário a análise dos motivos. Como diz Juarez Freitas³²: “Ressalvas à parte, parece inegável que o Direito, de há muito, vem admitindo, em circunstâncias várias, tal escolha ou discernimento mediante o uso de multicritérios políticos do administrador, notadamente na seara das políticas públicas e da ação estatal planejada”. Prossegue o autor enfatizando que a sindicabilidade vem-se expandindo, devendo-se afastar os critérios exclusivamente políticos, em face da natureza jurídica dos atos administrativos, inclusive aqueles pertencentes ao âmbito das políticas públicas, donde concluir-se que não podem prosperar as escolhas que não sejam fundamentáveis juridicamente.

Em conseqüência, como ressalta Freitas, “a sindicabilidade torna-se amplíssima em matéria de controle de atos administrativos. A figura do controlador como ‘administrador negativo’ merece ser acolhida”³³, em analogia com a figura do “legislador negativo”, exercido no controle de constitucionalidade das leis. Porque, “se é certo que o Poder Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como o administrador deveria ter julgado ou positivamente agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção, sempre vinculado a juízos superiores da administração pública”.

³¹ AMARAL, ob. cit., p. 214-215

³² FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 217.

³³ FREITAS, ob. Cit., p. 251.

7 CONCLUSÃO

Nessa senda, temos que os direitos fundamentais sociais estão previstos em normas constitucionais de cunho programático que podem desaguar em direitos subjetivos a prestações, quando, fazendo-se a ponderação dos princípios em jogo – de um lado, o princípio da liberdade fática e, do outro, os princípios da separação dos poderes e da democracia, assim como os princípios materiais opostos –, prevalecer o primeiro, enfatizando-se que isso ocorrerá, *a priori*, na hipótese de prestações que integrem o mínimo existencial.

Todavia, o equacionamento da questão não se esgota na ponderação de princípios jurídicos, porque hão de ser considerados os elementos econômico-financeiros envolvidos na situação concreta. Há situações em que não existem condições fáticas reais de atendimento de todos que postulam a prestação essencial, tornando-se inevitável a realização de escolhas trágicas. Nesse caso, haverá espaço para escolha – um exercício de discricionariedade –, em que o Estado deverá estabelecer critérios de alocação de recursos e, pois, de atendimento das demandas, tornando-se legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estejam enquadrados nos critérios.

Por isso, o fator custo dos direitos é de ser adicionado nesta equação, cabendo, prefacialmente, aos Poderes Executivo e Legislativo, a tarefa sobre a decisão do atendimento dos direitos fundamentais sociais, através da implementação de políticas públicas. Isto, todavia, não significa que tais decisões fiquem imunes ao controle judicial. Absolutamente. Caberá sempre ao Poder Judiciário sindicar os atos tomados pela Administração, averiguando, com base no panorama fático-jurídico concreto, se eles revestem-se ou não de razoabilidade, afigurando-se legítimos ou não.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, in *RDP* n° 57-58, 1981, p. 244-5.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1995.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 1998, nº 138, p. 39-48.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In **Legitimação dos Direitos Humanos**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos**
- NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RUSCHEL, Ruy Rubem. **Revista da AJURIS**, nº 58, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988*. In **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2002, vol. 56, p.43-62.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. In **Revista de Direito Administrativo**, 177 (1989)
- _____. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos". In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. "O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível". In: NUNES, António Avelãs, COUTINHO, Nelson Miranda (org). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro, 2004.